Dr. jur. Artur Schneider

Ein Beitrag zur Auslegung der

„Abnahme“-Pflicht

im Bürgerlichen Gesetzbuch
beim Kauf und Werkvertrag.

Essen (Ruhr) 1906
Buchdruckerei H. L. Geck.

46

Ein Beitrag zur Auslegung der

„Abnahme“-Pflicht

im Bürgerlichen Gesetzbuch
beim Kauf und Werkvertrag.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Artur Schneider

Referendar aus Essen-Ruhr.

Approbiert am 30. Januar 1906.

Essen-Ruhr

Druck von H. L. Geck.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Anordnung.

Erster Hauptteil. Die Bedeutung der Vorschriften über die „Abnahme"-Pflicht des Käufers und Werkbestellers (§§ 433 II und 640 I BGB.).

§ 1. Einleitende Erörterung: Vergleich der Diktion der fraglichen Paragraphen.

§ 2. 1. Abschnitt. Prüfung des Rechtszustandes vor dem BGB.
A. Kauf.

§ 3. 1. Gemeines Recht.

§ 4. 2. Allgemeines Landrecht.

§ 5. 3. Altes Handelsgesetzbuch.

§ 6. B. Werkvertrag.

§ 7. 2. Abschnitt. Die Bedeutung des Wortet „abnehmen" im BGB., insbesondere im Gegensatz zu „annehmen".

§ 8. 3. Abschnitt. Das wirtschaftliche Bedürfnis für die Statuierung der Abnahmepflichten.

4. Abschnitt. Die — widerstreitenden — Ansichten der Litteratur.

§ 9. A. Die Kohler'sche Theorie der Abnahmepflicht als eines Erfüllungssurrogates und der Klage auf Abnahme als einer Feststellungsklage.

§ 10. B. Die widerstreitenden Ansichten über die Identität des Begriffes „Abnehmen" beim Kauf und Werkvertrag.
1. Kauf.
2. Werkvertrag.

Zweiter Hauptteil. Die Folgen der schuldhaften Verletzung der „Abnahme"-Pflicht.

§ 11. A. Der Abnahmeverzug.
1. Annahmeverzug.
2. Leistungsverzug.

§ 12. Die Klage auf Abnahme und die Vollstreckung des Urteils auf Abnahme.

Litteratur.

Barkhausen, Die Klage auf Abnahme der Ware, in Goldschmidt's „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht" Bd. 30 S. 30 ff.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Erlangen 1876.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Danckwardt, Die locatio-conductio operis, in Jherings Jahrb. Bd. 13. Jena 1874.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 5. Aufl. Halle 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. II. Bd. 1. Abt. Halle 1899. 2. Abt. Halle 1901.

Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg, Das HGB. III. Bd. Mannheim 1903—1905.

Eck, C., Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard. Bd. I. 1903.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag. Jena 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd., 8. Aufl. Berlin, 3. Teil 1902; 4. Teil 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bde. 3, 5, 26, 30, 53, 56, 57.

Fischer-Henle, BGB. 4. Aufl. München 1900.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines HGB. im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 12, S. 252 ff.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1900.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. XXX.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigervorzug.

Hohenstein, Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 69 ff.

Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers, in Jher. Jahrb. Bd. 45, S. 259 ff.

Juristische Wochenschrift.

Kober, In Staudinger's Kommentar zum BGB. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. München 1905.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Jher. Jahrb. 17. Bd. Jena 1879.

Kohler, Der Gläubigerverzug, im „Archiv für bürgerliches Recht". Bd. 13. Berlin 1897.

Kuhlenbeck, Das BGB. Berlin 1899.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs eines BGB., im „Archiv für die zivilistische Praxis". Bd. 74, S. 302 ff.

Landsberg, Das Recht des BGB. Berlin 1904.

Lehmann, K, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem BGB. und HGB, in der „Deutschen Juristenzeitung". 7. Jahrgang. S. 491 ff.

Lehmann-Ring, Das HGB. Berlin 1901.

Makower, HGB. I. Bd. Teil II, Buch III. 12. Aufl. Berlin 1902.

Mommsen, F., Beiträge zum Obligationsrecht. Braunschweig 1855.

Motive zum Entwurfe eines BGB. II. Bd. Berlin u. Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des BGB. I. Bd., 2 Aufl. Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Pächt, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.

Planck, BGB. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. Berlin 1898.

Rauert, Anspruch auf Abnahme. Diss. Rostock 1902.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. Jena 1900.

Romeick, Zur Technik des BGB. Heft I. Stuttgart 1901.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, in Jher. Jahrb. Bd. 43, S. 141 ff. Jena 1901.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.

Sänger, Der Verzug beim Kaufe. Diss. Bonn-Leipzig 1902.

Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers. Frankfurt 1891.

Schöller, Die Folgen der schuldhaften Nichterfüllung von Verträgen, bei Gruchot. Bd. 46, S. 1 ff.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. München 1897.

Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung.
Seufferts Archiv.
Siber, der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II. Leipzig 1847
Staub, Kommentar zum HGB. 6. Aufl. Berlin 1900.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. II. München 1905.
Thöl, Handelsrecht.
Treitschke, G. C., Der Kaufkontrakt. II. Aufl. Gera 1865.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 8. Aufl. Frankfurt 1900.
Wolff, Zur Lehre von der neora. Göttingen 1841.

Corpus iuris civilis.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
CPO. = Civilprozessordnung.
ALR. = Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.

Erster Hauptteil.

Einleitende Erörterung.

§ 1.

Die Gesetzesvorschriften, welche eine Verpflichtung des Käufers bezw. Werkbestellers zur Abnahme festsetzen, finden sich in den §§ 433 II nnd 640 I und lauten:

§ 433 II. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer die gekaufte Sache abzunehmen.

§ 640 I. Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Vergleicht man die Diktion dieser Gesetzesstellen, so fallen zunächt zwei Verschiedenheiten ins Auge.

Einmal: Der Käufer soll die „gekaufte Sache" abnehmen, der Besteller das „vertragsmässig hergestellte Werk". — Hierin kann hinsichtlich der Abnahmepflicht eine Verschiedenheit der rechtlichen Tragweite beider gesetzlichen Bestimmungen nicht liegen; die verschiedene Wortfassung trägt vielmehr dem tatsächlichen Gegenstande der Verträge Rechnung. Gegenstand des Kaufvertrags ist nämlich eine existente Sache; Gegenstand des Werkvertrags dagegen ein Erfolg, die Herstellung eines versprochenen Werkes, welches als solches noch nicht existent ist. Wenn überhaupt der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist, so kann man ihm sicherlich diese Verpflichtung nur bezüglich eines solchen Werkes auferl-

legen, welches der bestellten Art ist und auch zum Mindesten im Grossen und Ganzen, vielleicht auch in seiner Einzelausführung die versprochenen Eigenschaften hat, also vertragsmässig hergestellt ist. Das Gesetz kann dem Besteller unmöglich zumuten, ein nicht vertragsmässig hergestelltes Werk abzunehmen, z. B. statt eines Bücherschranks von 3 m Höhe einen solchen von 6 m oder statt eines Kachelofens einen Küchenherd.

Die andere Verschiedenheit ist der im § 433 II fehlende Zusatz des § 640 I: „sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist.“ Hierdurch wird berücksichtigt, dass Gegenstand des Werkvertrags ein Werk sein kann, welches überhaupt nicht abnehmbar ist; es sind dies zunächst die sogenannten „immateriellen“ Werke, wie der Vertrag eines zu einer Festlichkeit geladenen Sängers, die Agitationsrede des aus anderer Stadt hergeholten, bezahlten Politikers; sodann diejenigen Werke, welche in der Herbeiführung eines Erfolges an Sachen bestehen, die im Besitz des Bestellers sind und bleiben, wie Arbeiten am Hause des Bestellers.

Aus dieser einleitenden Untersuchung ergibt sich also, dass die Prüfung der Diktion der beiden Gesetzesstellen zu der Annahme führt: Die begriffliche Bedeutung der Abnahmepflicht müsse beim Kauf und Werkvertrag die gleiche sein.

Erster Abschnitt

§ 2.

Die Bedeutung des Begriffs „abnehmen“ beim Kauf und Werkvertrag ist nun, wie schon der Umfang der über den Gegenstand vorhandenen Litteratur und die zahlreichen einschlägigen Entscheidungen höchster Gerichtshöfe erkennen lassen, lebhaft umstritten. — Um diese Bedeutung festzustellen, ist, wie meist, zunächst der Rechtszustand

vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches zu prüfen, ob vielleicht aus ihm Gesichtspunkte für eine Auslegung des Begriffs zugewinnen sind. Denn jedes neue Gesetz steht, wie Dernburg treffend sagt, „unter dem Eindruck des Rechtszustandes, in welchen es eingreift, mag es denselben nun bestätigen, weiterbilden, entgegentreten.“ (Pandekten, Bd. I, S. 76.)

Von früheren Rechten kommen bezüglich der Abnahmepflicht das Gemeine Recht, das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten und das Allgemeine Handelsgesetzbuch in Betracht. Letzteres behandelt in dieser Hinsicht nur den Kauf. Im Gemeinen Recht und Allgemeinen Landrecht wird, wie ein oberflächlicher Blick in die Litteratur erkennen lässt, bezüglich der Abnahmepflicht der Kauf anders behandelt wie der Werkvertrag. Bei der folgenden Untersuchung behandeln auch wir daher zunächst den Kauf, hernach den Werkvertrag.

§ 3.

Im Gemeinen Recht ist das Vorhandensein und die Bedeutung der Abnahmepflicht des Käufers bestritten. Einige Rechtsgelehrte legen dem Käufer allgemein eine Verpflichtung zur Abnahme des Kaufgegenstandes auf, so Schweppe,[1]) G. C. Treitschke,[2]) Brinckmann[3]) und Schmidt-Scharff;[4]) andere behaupten, dass eine solche Verpflichtung für den Käufer nur bei dem Vorhandensein eines besonderen Interesses besteht, so Barkhausen,[5]) Sintenis,[6]) Wolff;[7]) wieder andere endlich leugnen grundsätzlich überhaupt eine Abnahmeverpflich-

1) A. a. O. Bd. IV, § 463.
2) A. a. O. § 77 zu Anfang.
3) A. a. O. § 100, S. 326.
4) A. a. O. S. 31.
5) A. a. O. S. 48.
6) A. a. O. II § 93, bes. S. 210 ff.
7) A. a. O. S. 491 ff.

tung, wie F. Mommsen,[8]) Windscheid[9]) und Kohler.[10])

Diejenigen, welche dem Käufer grundsätzlich die Verpflichtung zur Abnahme auferlegen, stützen ihre Ansicht auf ein Fragment des Pomponius, l. G. D. d. a. e. v. (19,1), welches lautet:

„Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito cum eo agi potest, ut eos tollat."

In dieser lex scheint zunächst allerdings ausgesprochen zu sein, dass der Verkäufer gegen den Käufer mit der actio venditi auf Abnahme der gekauften Sache klagen kann; bei genauerer Prüfung scheint es aber gewagt, aus dieser Stelle einen Rechtssatz von solcher Allgemeinheit und Tragweite abzuleiten. Alle Schriftsteller, welche eine allgemeine Abnahmepflicht des Käufers annehmen, stützen sich auf diese einzige Stelle. Es ist nun aber schon von vornherein bedenklich, einen Rechtssatz von so grosser Tragweite aus einer einzelnen lex abzuleiten, umsomehr als diese lex von Pomponius, der zur Zeit Hadrians lebte, herrührt und keiner der späteren Juristen, denen dieses Fragment doch — wenigstens zum Teil — bekannt sein musste, auf dasselbe zurückgegriffen hat. Diese Bedenken werden erheblich bestärkt, wenn man weiter berücksichtigt, dass die lex einen eigenartigen Tatbestand zum Inhalt hat. Gegenstand des Kaufs sind nämlich „lapides ex fundo", also Steine, welche zur Zeit des Kauf-Abschlusses im Ackerland liegen. Hieraus ergibt sich ohne Weiteres, dass es sich nicht um ein gewöhnliches Kaufgeschäft handelt, bei dem sich die Interessen des Verkäufers auf die Erlangung des Kaufpreises beschränken, sondern um ein gemischtes Geschäft, bei dem der Verkäufer nicht nur den Kaufpreis erzielen, sondern auch, und vielleicht in erster Linie, die Steine

8) A. a. O. S. 134.
9) A. a. O. Anm. 1 zu § 347.
10) Iher. Jahrb. Bd. 17 und Arch. für bürg. Recht Bd. 13.

aus seinem Ackerland entfernt haben will; es handelt sich also um einen Kauf, der Elemente des Werkvertrags in sich schliesst. Fasst man die lex in diesem Sinne auf, so besagt sie weiter nichts, als dass der Verkäufer der Steine mit der Actio venditi gegen den Käufer auf Abnahme (Fortschaffung) der Steine klagen kann, und nicht etwa mit einer Actio praescriptis verbis zu klagen braucht.

Die zweite Gruppe der Schriftsteller, welche dem Käufer eine Abnahmeverpflichtung dann auferlegt, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Wegschaffung der Kaufsache hat, teilt sich in zwei Richtungen; die eine nimmt an, das Interesse müsse schon bei dem Abschluss des Kaufvertrages vorhanden und erkennbar sein, während die andere Richtung die Auffassung vertritt, dass ein Interesse genügt, welches erst später in die Erscheinung tritt. — Diese Auffassungen stützen sich ebenfalls auf die angeführte lex. Sie scheinen alle nicht unbedenklich, wenn man in deren Tatbestand, wie wir es tun, ein gemischtes Geschäft sieht.

Die namhaftesten Vertreter der dritten Gruppe, die eine Abnahmepflicht des Käufers grundsätzlich leugnet, sind, wie gesagt, Mommsen, Windscheid und Kohler.[11]) Die Begründung aller drei Schriftsteller gipfelt darin, dass es dem Käufer, der durch den Kauf bezüglich des Kaufgegenstandes Gläubiger werde, freistehe, ob er die Herrschaft, welche das obligatorische Verhältnis ihm einräume, ausüben wolle oder nicht, und dass dem Schuldner eben deshalb auch keine Klage zur Erzwingung der Abnahme gegeben sei.

Aus dieser Untersuchung lässt sich jedenfalls ohne weiteres Eingehen auf die entstandenen Streitfragen für das gemeine Recht feststellen, das sich in den Quellen keine Stelle findet, aus der sich eine Abnahmeverpflichtung des Käufers unzweideutig ergibt, dass im

11) S. Anmerk. 8, 9 u. 10 zur S. 4.

Gegenteil alle diejenigen, die eine solche Abnahmepflicht annehmen, sich auf eine Quellenstelle stützen, von der die Gegner mit Recht behaupten, dass sie anders auszulegen ist, und dass endlich die Mehrzahl und die gewichtigsten Rechtsgelehrten eine Abnahmepflicht des Käufers wenigstens im allgemeinen leugnen.

§ 4.

Das Allgemeine Landrecht bestimmt in § 215 I 11: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmässig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig". Die Mehrheit der Rechtsgelehrten, die sich in Übereinstimmung mit der Praxis [12]) befindet, giebt dem Verkäufer auf Grund der Bestimmung des § 215 unbedingt eine Klage auf Übernahme der vertragsmässigen Sache. Hiergegen wendet sich allerdings Dernburg, [13]) indem er leugnet, dass die Bestimmung des § 215 eine allgemeine Abnahmepflicht des Käufers festsetze und behauptet, eine Abnahmepflicht bestehe für den Käufer nur dann, wenn dies die Absicht der Vertragschliessenden gewesen sei, wenn ein besonderes Interesse des Verkäufers bestehe. Diese Auffassung, welche die Tragweite der Vorschrift des § 215 ohne rechtfertigenden Grund einschränkt, wird namentlich auch von Foerster-Eccius [14]) bekämpft. — Hinsichtlich des Standpunkts des Allgemeinen Landrechts gegenüber der Abnahmepflicht des Käufers lässt sich also feststellen, dass zwar eine Gesetzesvorschrift eine solche Abnahmepflicht ausspricht, dass aber diese Vorschrift von einem namhaften Rechtsgelehrten erheblich einschränkend ausgelegt wird.

§ 5.

Soweit eine Abnahmepflicht des Käufers im Allgemeinen in Frage kommt, ist die Vorschrift des Artikel

12) Entsch. d. R.-G. Bd. 26 S. 213 ff. Bei Gruchot Bd. 34 S. 123; 31 S. 939 fg.

13 Lehrbuch des Pr. Privatrechts II, S. 402.

14) Pr. Privatrecht II S. 66.

346 des alten Handelsgesetzbuchs im Wesentlichen unbestritten geblieben. Diese lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmässig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht (Art. 355)“. — Dass mit dieser Bestimmung dem Käufer eine Abnahmepflicht auferlegt wird, erscheint bei dem klaren Wortlaut nicht zweifelhaft. Die Tragweite der Abnahmepflicht des Käufers ist jedoch streitig geworden, indem man angenommen hat, dass durch Art. 346 dem Verkäufer kein Recht zur Klage auf Empfangnahme gegen den Käufer gegeben werde, sondern dass im Art. 346 lediglich ausgesprochen sei, dass der Käufer die vertragsmässig gelieferte Ware nicht zurückweisen dürfe. So hat insbesondere das Reichsgericht sich in älteren Entscheidungen, namentlich in der vom 25. Oktober 1881 [15]), ausgesprochen Mit Recht macht Jacobi [16]) dagegen geltend, dass bei einer solchen Auslegung der Art. 346 überhaupt überflüssig wäre, weil seine einzige Folge alsdann sei, dass der Käufer durch Nichtannahme der vertragsmässig gelieferten Ware in Annahmeverzug gerate. Das sei aber aus allen Rechten auch ohne diese besondere Bestimmung des HGB. zu folgern. — In einer jüngeren Entscheidung [17]) hat denn auch das Reichsgericht eine ganz andere Auslegung des „Empfangen“ gegeben. In dieser Entscheidung heisst es: „Der Art. 313 [18]) hat mit der Annahme der Ware als Erfüllung, also deren Billigung, überhaupt nichts zu tun, sondern mit der Empfangnahme als den Akt, der die abgelieferte Ware vom Verkäufer entgegennimmt, den Ver-

15) Entsch. Bd. 5 S. 293; s. auch Bd. 26 S. 215, 216 u. Bd. 30 S. 117 u. 118.

16) A. a. O. S. 263.

17) Hierauf verweist auch Jacobi.

18) Unzweifelhaft ist die „Empfangnahme“ des Art. 343 gleichbedeutend mit der des Art. 346. So auch Jacobi a. a. O.

käufer von der Verpflichtung zur Aufbewahrung befreit, und den Käufer nach Art. 348 HGB. zur Sorge um die einstweilige Aufbewahrung verpflichtet.“ Besonders aus den letzten Worten geht hervor, dass nach Ansicht dieses Senates der Hauptzweck der Bestimmung ist, dass der Käufer im Interesse des Verkäufers diesen von der Sache befreit.

In der letzteren Entscheidung will das Reichsgericht zweifellos eine Klage auf „Empfangnahme“ zulassen.

In den drei kurz besprochenen Rechten tritt unseres Dafürhaltens eine gewisse Stufenleiter in der Entwicklung der Rechtsauffassung bezüglich der Abnahmepflicht des Käufers hervor. Für das gemeine Recht ist wohl das Vorhandensein einer Abnahmepflicht des Käufers grundsätzlich zu verneinen. Im preussischen Landrecht ist zwar eine solche Abnahmepflicht grundsätzlich ausgesprochen, ihr Vorhandensein wird aber von einem hervorragenden Rechtsgelehrten dennoch verneint Dass dagegen im alten Handelsgesetzbuch bereits grundsätzlich eine Abnahmepflicht bestand, ist zuletzt allgemein anerkannt gewesen; hier herrscht nur hinsichtlich des Umfanges der Verpflichtung Streit. —

§ 6.

Dass der Besteller eines Werkes verpflichtet ist, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen, ist weder im gemeinen Recht noch im Preussischen Landrecht streitig gewesen.[19]) Die Abnahme des Werkes wird im gemeinen Recht technisch mit „Approbatio“ bezeichnet, worin ausgedrückt sein dürfte, dass mit der Abnahmeverpflichtung zugleich eine Verpflichtung zur Billigung (Annahme als Erfüllung) verknüpft war.[20])

---

19) Das alte HGB. enthält keine Bestimmung.

20) Wir verweisen auf die eingehende Untersuchung Riezler's und auf dessen Quellennachweise. Eine besondere Auffassung vertritt Danckwardt, S. 348 a. a. O., der bezüglich des Begriffs

Das allgemeine Landrecht spricht in I. 11 § 945 eine Annahmepflicht aus: „Finden die Kunstverständigen einstimmig, dass das Werk tüchtig und vertragsmässig angefertigt sei, so muss der Besteller es annehmen. Annehmen bedeutet hier: „Als Erfüllung abnehmen.“ —

Zusammengefasst ergibt sich aus der Erörterung des Rechtszustandes vor dem B. G. B.: es ist, wie soeben erwähnt, eine stufenweise Entwicklung in der **Festlegung** einer Pflicht des Käufers und Werkbestellers, die gekaufte Sache oder das vertragsmässig hergestellte Werk „abzunehmen“ vom gemeinen Recht bis zum alten Handelsgesetzbuch nicht zu verkennen. Es ist aber dieser geschichtlichen Entwicklung ein allgemeiner Gesichtspunkt zur Auslegung des **Begriffs** dieses „Abnehmen“ in den §§ 433 II und 640 I nicht zu entnehmen.

Zweiter Abschnitt.

§ 7.

Ein solcher Gesichtspunkt lässt sich aber gewinnen aus einer Prüfung des Wortes „Abnehmen“ im **Sprachgebrauch** des B. G. B. Dabei ist es geboten, das im Gesetz häufig vorkommende und dem „Abnehmen“ mehrmals gegenüber gestellte Wort „Annehmen“ in den Bereich dieser Prüfung zu ziehen.

Es erscheint ferner zweckmässig, bei dieser Erforschung vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen und zu untersuchen, ob die hier gefundene Bedeutung der Bedeutung der Wörter im Gesetz entspricht.

„approbatio“ ausführt: „Der conductor ist verpflichtet, dem locator den faktischen Nachweis zu liefern, dass das opus die contractliche Beschaffenheit habe.“ Es bedeute das Wort meist „Ablieferung“ und bezeichne eine Tätigkeit des Unternehmers. Die Auffassung Danckwardt's steht vereinzelt.

Im Verbum „nehmen“ stecken zwei Begriffe, nämlich der des „Anfassens“ oder „Ergreifens“ und des „Fortbewegens“. Einen Gegenstand „nehmen“ bedeutet demnach, einen angefassten Gegenstand weiterbewegen. — Die Präpositionen „ab“, „an“, „zurück“ u. s. w. geben die Richtung an, in welcher der angefasste Gegenstand bewegt werden soll. Hier interessieren nur „ab“ und „an“. „Ab“ bedeutet „von — einem andern — weg.“ Einen Gegenstand „abnehmen“ bedeutet also, einem im Bereiche eines andern befindlichen Gegenstane anfassen und aus diesem Bereich fortbewegen, ohne dass es zunächst darauf ankommt, wohin der Gegenstand gelangt. — „An“ in Verbindung mit einer Bewegung bedeutet: „zu — mir, dem Annehmenden — hin“, ohne dass zunächst Wert darauf gelegt ist, „woher“. Einen Gegenstand „annehmen“ bedeutet also: Den Gegenstand erfassen und in mein, des Annehmenden, Bereich fortbewegen, ohne dass es zunächst darauf kommt, woher der Gegenstand genommen wird.

Aus dieser Untersuchung ergiebt sich, dass eine Kaufsache oder ein Werk „abnehmen“ bedeutet: die Kaufsache oder das Werk anfassen und fortbewegen, und zwar vorzugsweise mit der Zweckbestimmung, dass der Gegenstand aus dem Bereich eines Andern (des Verkäufers oder Unternehmers) herausgeschafft wird, ohne dass es zunächst darauf ankommt, dass der Gegenstand in den Machtbereich des Abnehmenden, (Käufers oder Bestellers) gelangt.[21]) — Eine Kaufsache oder ein Werk „annehmen“ dagegen bedeutet, die Kaufsache oder das Werk anfassen und fortbewegen und zwar vorzugsweise mit der Zweckbestimmung, dass der Gegenstand in den Machtbereich des Annehmenden (Käufers

21) Das ist der Sinn des „Abnehmen“ nach dem Sprachgebrauch, wie noch einmal ausdrücklich betont werden soll! Im ursprünglichen Sinn des Wortes deutet freilich das „nehmen“ auf ein „zum Abnehmenden“ hin. Diese Bedeutung hat sich aber in der oben im Text angegebenen Richtung verschoben.

oder Bestellers) gelangt, ohne dass es zunächst darauf ankommt, dass der Gegenstand aus dem Machtbereich des Andern (Verkäufers oder Unternehmers) herausgeschafft wird.

Ob sich nun die gefundene allgemeine Bedeutung der fraglichen Wörter auf deren Bedeutung im BGB. übertragen lässt, soll eine Prüfung der einzelnen in Frage kommenden Gesetzesstellen ergeben.

Am häufigsten findet sich im Gesetzestext das Wort „an-nehmen“ und zwar insbesondere in den §§ 293 ff, die vom Gläubiger-Annahme-Verzug handeln, (§§ 642 und 644 enthalten besondere Bestimmungen für den Annahmeverzug beim Werkvertrag), dann in den §§ 283 und 326, wonach der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung gestellten Frist die „Annahme“ der Leistung ablehnen darf; in § 363, der besonders wichtig ist: hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung „angenommen“, so trifft ihn die Beweislast, wenn er später die bewirkte Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will. Zuletzt in dem § 464 — dem der § 539 in Beziehung auf den Mietvertrag analog ist, — nach dem der Käufer bestimmte Ansprüche wegen Mängel der Sache, die er in der Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit „angenommen“ hat, nur geltend machen kann, wenn er sich seine Rechte bei der Annahme vorbehalten hat. Man[22]) ist sich darüber einig, dass in allen diesen Stellen unter „Annahme“ die Hinnahme eines dargebotenen Gegenstandes als Erfüllung eines vorausgegangenen Rechtsgeschäftes zu verstehen ist. Wenn der Annehmende den dargebotenen Gegenstand „als Erfüllung“ hinnimmt, so dürfe hierin ohne Weiteres

22) Endemann a. a. O. Bd. I S. 794/5. Schollmeyer a. a. O. 2. Hälfte S. 280. Rosenberg S. 253/4. Lehmann a. a. O. Düringer-Hachenburg III. Bd. S. 51 Ziffer 4. Vgl. auch Entsch. des R.-G. Bd. 3 S. 89, Bd. 30 S. 117. Seuffert's Archiv Bd. 35 S. 341, wo allerdings von „Empfangnahme“ die Rede ist; das ist aber nach richtiger Ansicht gleichbedeutend mit der „Annahme“ des BGB. So auch Schollmeyer und Rosenberg.

zum Ausdruck kommen, dass die Zweckbestimmung der räumlichen Verschiebung des Gegenstandes ist: die Hinüberschaffung des Gegenstandes in den Machtbereich des Entgegennehmenden. Denn das vorausgegangene Rechtsgeschäft muss, wenn von einer Erfüllung die Rede sein soll, für den Gläubiger wohl als Zweckbestimmung die Beschaffung des Gegenstandes gehabt haben. Der Begriff „Annahme" des BGB. stimmt also insoweit mit dem Begriff als „Annehmen" im allgemeinen Sprachgebrauch überein.

Das Wort „Abnehmen" kommt im Gesetzestext in folgenden, hier interessierenden Bestimmungen vor: §§ 433 II und 640 I, die von der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers sprechen, § 448, der von den Kosten der Abnahme beim Kauf handelt, § 638 (Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung von Mängeln), § 640 I (Erlöschen der Ansprüche des Bestellers beim Vorhandensein von Mängeln), § 641 (Zahlung der Vergütung), § 644 (Gefahrübergang).

Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber das Wort „abnehmen" im bewussten Gegensatz zu dem festgestellten Begriff „annehmen" gebraucht hat [23]), so müsste mit dem Wort „abnehmen" dem oben behandelten Sprachgebrauch entsprechend, der Begriff verbunden sein, dass auch hier wesentliche Zweckbestimmung der räumlichen Verschiebung des Gegenstandes ist, dass er aus dem Machtbereich des Schuldners hinausgeschafft wird, nicht aber, dass er in den Machtbereich des Gläubigers kommt. Es müsste sich also in allen diesen Fällen aus dem Tatbestande der Gesetzesbestimmung ergeben, dass die gesetzliche Vorschrift, welche dem Gläubiger die Annahmeverpflichtung auferlegt, die Interessen des Schuldners verfolgt. Das ist der Fall, wie eine Prüfung der einzelnen Gesetzesstellen ergiebt.

---

23) S hierzu besonders § 644, Abs. 1.

Der § 433 II handelt von den Verpflichtungen des Käufers. Da bei Verträgen jeder Verpflichtung ein Recht auf der andern Seite gegenübersteht, kann man ebensogut sagen: der § 433 II handelt von den Rechten des Verkäufers dem Käufer gegenüber. Da der Verkäufer Schuldner ist, soweit der Kaufgegenstand übergeben werden soll (§ 433 I), so ist im § 433 II (soweit er eine Abnahmepflicht des Käufers, also ein Recht des Verkäufers, festsetzt) ein Recht des Verkäufers als des Schuldners gesetzlich geordnet. Die Festsetzung der Abnahmepflicht ist demnach im Interesse des Schuldners geschehen.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Prüfung des Tatbestandes des § 448. Hier werden dem Käufer die Kosten der Abnahme auferlegt, unzweifelhaft eine Bestimmung, welche die Interessen des Verkäufers verfolgt, der insoweit wieder Schuldner ist, da es sich um einen Bestandteil der Übergabe der Kaufsache handelt.

In der gleichen Weise ist die Interessenverteilung bei allen den Bestimmungen des Werkvertrags geordnet, in denen von der Abnahme die Rede ist. Denn auch bezüglich der Herstellung des versprochenen Werkes (§ 631) und damit auch der Übergabe des hergestellten Werkes ist der Unternehmer Schuldner. Wenn nun § 638 die Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels, insbesondere den Beginn der Verjährung ordnet, so ist das zweifellos eine Bestimmung, die im Interesse des Schuldners gegeben ist. Wenn ferner § 640 dem Besteller die Verpflichtung zur Abnahme auferlegt, so ist dies aus denselben Erwägungen, wie sie oben beim Kauf gemacht sind, eine im Interesse des Unternehmers-Schuldners gegebene Vorschrift. Sodann der § 640 II. Er handelt von dem Erlöschen der Ansprüche des Bestellers bei Vorhandensein von Mängeln des Werks, also auch hier eine Begünstigung der Interessen des Unternehmers. § 641: Die Zahlung der Vergütung sowie §§ 644—646 die Beendigung des Zeitraums, innerhalb

dessen der Unternehmer die Gefahr trägt, erfolgen sicher im Interesse des Unternehmers-Schuldners.

Es ergiebt sich demnach aus dieser Prüfung, dass im Sprachgebrauch des BGB. der Begriff „abnehmen“ vom Begriff „annehmen“ ebenso wie im gemeinen Sprachgebrauch unterschieden wird und zwar derart, dass die Vorschriften des Gesetzbuchs, nach denen der Käufer bezw. der Besteller zur Abnahme der Sache oder des Werkes verpflichtet sind, bedeuten: Der Käufer bezw. der Besteller ist zur räumlichen Verschiebung der Sache bezw. des Werkes vorzugsweise mit der Zweckbestimmung verpflichtet, dass die Sache oder das Werk aus dem Machtbereich des Verkäufers bezw. Unternehmers geschafft wird; oder, wie Jacobi mit andern Worten, aber im wesentlichen im gleichen Sinne sagt[24]): „Die Pflicht zur Abnahme bedeutet, dass der Käufer bezw. Besteller, der nicht annimmt, Handlungen irgend welcher Art vornehmen muss, die geeignet sind, den Verkäufer von dem Besitz der Sache zu befreien, sei es, dass der Käufer die Sache an sich nimmt oder etwas anderes veranlasst.“

Dritter Abschnitt.

§ 8.

Ob die bisher gefundene Auslegung des Begriffs „abnehmen“ die richtige, d. h. die vom Gesetzgeber gewollte ist, lässt sich unseres Erachtens nicht sicherer feststellen, als indem man den Blick auf die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens richtet, in welchen die Abnahmepflicht von Bedeutung ist. Denn das Gesetz ist der Niederschlag der Rechtsbedürfnisse des täglichen Lebens und Verkehrs. — So begründen die Motive die schon im ersten Entwurf festgesetzte Abnahmeverpflichtung des

24) A. a. O. S. 273.

Käufers mit der Ausführung: „Daraus, dass die modernen Kodifikationen sich überwiegend für eine solche Verpflichtung des Käufers aussprechen, sei auch auf ein praktisches Bedürfnis, dasselbe anzuerkennen, mit Sicherheit zu schliessen".

Weshalb und worin dieses praktische Bedürfnis, das sich nach dem oben erörterten Entwicklungsgang und auch nach der Auffassung der Motive erst in der Neuzeit herausgebildet hat, besteht, prüfen und erörtern die Motive freilich nicht. Dasselbe ergibt sich aber aus folgenden Erwägungen.

Nimmt der Käufer die Kaufsache nicht oder nicht rechtzeitig ab, so hat der Verkäufer, um sich der Verpflichtung zur Aufbewahrung der Kaufsache zu entziehen und von seiner Uebergabeverpflichtung (§ 433 I) zu befreien, wie später erörtert werden wird, abgesehen von dem hier zu prüfenden Anspruch auf Abnahme nur das Recht zur Hinterlegung und zum Selbsthülfeverkauf. Diese beiden Rechte sind nicht hinreichend. Denn hinterlegt werden können nur Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten. Diese Gegenstände spielen abgesehen von Geld, das aber hier nicht in Frage kommen kann, im grossen Geschäftsverkehr des täglichen Lebens nur eine geringe Rolle. Hinsichtlich der unzähligen anderen Gegenstände bleibt dem Verkäufer dem in der Entgegennahme der Uebergabe säumigen Käufer gegenüber zunächst also lediglich der Selbsthülfeverkauf. Dieser ist aber in unendlich vielen, ja in den meisten Fällen des täglichen Verkehrs zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verkäufers nicht hinreichend. Zunächst sind nämlich die bei der Vornahme des Selbsthülfeverkaufs zu beobachtenden Vorschriften so schwerfällig, die Unkosten so bedeutend, dass ein solcher Verkauf nur selten und nur bei gewissen Arten von Waren vorgenommen zu werden pflegt; jede Verletzung der Vorschriften über den Selbsthülfeverkauf macht ferner schadensersatzpflichtig; er setzt

sodann, um zu dem gewünschten Ergebnis zu führen, selbstverständlich voraus, dass sich ein Käufer findet; endlich bedarf es zu seiner Durchführung eines nicht unbedeutenden Zeitraumes. —

Vielmehr verlangen die Hast des heutigen Verkehrs, das — namentlich in den Grossstädten — durch das Zusammendrängen der Menschen entstandene Raumbedürfnis, der Umfang der in manchen Geschäftsbranchen (so in Möbelhandlangen) notwendigen Warenlager u. s. w., dass dem Verkäufer gegen den Käufer ein klagbarer Anspruch auf rechtzeitige Abnahme, d. h. auf rechtzeitiges Fortschaffen der Ware aus seinem, des Verkäufers Bereich gegeben werde. Man denke zunächst nur an die im grossen Verkehr zwar eine untergeordnete Rolle spielenden, jedoch unendlich zahlreichen Verkäufe des Nichtgeschäftsmannes. Die Entwicklung unserer heutigen Industrie hat es soweit gebracht, dass fasst jeder abgenutzte Gegenstand zur Herstellung neuer Gegenstände mit wirtschaftlichem Vorteil verwertet werden kann. Der Nichtgeschäftsmann ist daher heutzutage in der Lage, fasst alle abgenützten Gegenstände, die für ihn keinen Wert mehr haben, auf dessen Fortschaffung er daher bei dem in den meisten Privatwohnungen bestehenden Raummangel bedacht sein muss, zu verkaufen. In allen diesen Fällen hat der Verkäufer in erster Linie ein Interesse an der Fortschaffung des Gegenstandes und es liegt ihm erst in zweiter Linie an der Erlangung des Kaufpreises. Man denke nur an folgenden Fall. Ein Ofen oder Herd ist durchgebrannt, sodass er durch einen neuen Ofen oder Herd ersetzt werden muss. Hier wird jeder sorgsame Hausvater, der mit Glücksgütern nicht reich gesegnet ist, gleichzeitig den alten Ofen an einen Alteisenhändler verkaufen und sich bei einem Kaufmann einen neuen Ofen kaufen. Wenn der gebracht wird, muss der alte fort. Der Verkäufer hat also das erheblichste Interesse daran, dass der Käufer rechtzeitig abnimmt, da er den alten

Ofen in den ihm zu Gebote stehenden Räumlichkeiten nicht aufbewahren kann. Das Recht zum Selbsthülfeverkauf kann ihm aus den erwähnten Gründen nichts nützen, nicht einmal der Verzicht des Käufers nach Zahlung des Kaufpreises, da der alte Ofen fort muss und er vielleicht — in kleineren Orten — einen andern, der zur Beseitigung des Ofens bereit ist, nicht findet.

Man denke ferner an ein modernes grosses Möbelverkaufshaus, das eine grosse Anzahl von eigenartigen Zimmereinrichtungen ausgestellt hat. Ist eine solche Einrichtung verkauft, so hat der Möbelhändler ein grosses Interesse daran, dass dieselbe rechtzeitig abgenommen wird, damit er eine neue Einrichtung ausstellen kann; dies vor allem dann, wenn die verkaufte Einrichtung altmodisch war. Auch hier kann ihm das Recht des Selbsthülfeverkaufs meist nichts nützen, da sich meistens nicht leicht ein anderer Käufer findet, der einen angemessenen Preis bezahlt und er bei Verkauf zu einem nicht angemessenen Preis leicht zu Schaden kommt. Ein Verzicht des Käufers nach Zahlung des Kaufpreises kommt hier wohl im täglichen Leben nicht vor.

Man denke an unsere grossen Steinkohlenzechen, die ohne Lagerplätze von Umfang bereit zu haben, täglich oft hunderte von Doppelladern Kohlen fördern. Da die Kohlen zum grössten Teil unmittelbar in die Eisenbahnwaggons verladen werden, müssen sie, wenn nicht der ganze Betrieb stocken soll [25]), unbedingt rechtzeitig abgenommen werden. — So wäre noch eine grosse Anzahl von Beispielen anzuführen, in denen der Verkäufer erheblichstes Interesse an rechtzeitiger Abnahme, d. h. Fortschaffung des Kaufgegenstandes, hat.

Es kommen die zahlreichen Fabriken in Betracht, in denen nur ein Teil des Materials für die Zwecke des

25) Es sei erinnert an die durch den Waggon-Mangel in der letzten Hälfte des Jahres 1905 hervorgetretenen Kalamitäten im Ruhrkohlenbezirk.

Unternehmens ausgebeutet werden kann, während der Rest noch für andere Zwecke verwendbar ist und deshalb an andere Unternehmungen verkauft wird. Hier hat der Fabrikbesitzer nicht selten grösseres Interesse daran, dass das für ihn nur hinderliche Material baldigst weggeschafft wird als an dem Preis. — Man denke ferner daran, dass besonders in grossen Städten Lagerräume nur in beschränktem Masse unterhalten werden können und dass es für alle Fabriken und Unternehmungen von allerhöchstem Interesse ist, dass die verkauften oder fertiggestellten Sachen fortgeschafft werden, damit die Lagerräume neuen Produkten oder für andere Kunden hergestellten Sachen zur Verfügung stehen. In seltenen Fällen findet sich sogleich ein anderer Käufer, der dieselben Sachen gebrauchen könnte.

In erhöhtem Masse treffen diese Erwägungen für den Werkvertrag zu, da hier das Werk meist nach Anweisung und persönlichem Bedarf des Bestellers ausgeführt zu werden pflegt und daher besonders selten für einen dritten verwendbar ist.

Wir haben somit gezeigt, dass in sehr vielen und beliebig zu erweiternden Fällen des täglichen Verkehrs der Verkäufer und der Unternehmer erheblichstes Interesse daran haben, dass ihnen der Vertragsgegenstand rechtzeitig „abgenommen", d. h. aus ihrem Bereich fortgeschafft wird.

Vierter Abschnitt.

§ 9.

Obgleich das B. G. B. den Forderungen des Verkehrs entsprechend, ausdrücklich die Abnahmeverpfichtung des Käufers und Bestellers in den §§ 433 II und 640 I festsetzt, gibt es dennoch namhafte Rechtsgelehrte, welche diese Abnahmeverpflichtung leugnen.

Vor allen ist **Kohler** zu nennen. Dieser führt im einzelnen aus.[26]) „Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen; es ist die Annahme ein Recht, und nur ein Recht, keine Pflicht, zu welcher der Gläubiger auf dem Zwangswege angehalten werden könnte." Und: „unser sittliches Bewusstsein kann eine solche Verpflichtung des Gläubigers zu einer positiven Tätigkeit, um den Schuldner zu liberiren, nirgends entdecken . . . Wer Gläubiger und nichts als Gläubiger ist, der kann ruhig das Weite suchen und unter Wilden leben, kein Land eines sittlichen oder rechtlichen Sollens hält ihn unter den Seinigen zurück."

Diese Ausführungen in Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff hält er in seinem bedeutend späteren Aufsatz im Archiv aufrecht und kommt hier zum Ergebnis:[27]) „Die §§ 433, 640 B. G. B. können daher nimmer die Bedeutung haben, dem Käufer das Recht zu nehmen, auf seinen Anspruch (unter Aufrechterhaltung der Gegenleistung) zu verzichten und auf diese

---

26) Gegen Abs. II des § 459 des Entwurfs hat sich Laband gewendet. Er hat behauptet, dass „das Preussische Allgemeine Landrecht von einer Pflicht des Gläubigers, die vertragsmässig angebotene Leistung anzunehmen, lediglich in dem Sinne rede, dass die Verletzung dieser Pflicht nur die Verzugsfolgen herbeiführe". Er wirft also den Motiven vor, das Pr. ALR. nicht richtig ausgelegt zu haben. Ferner führe die im Entwurf zweifellos statuierte selbständig klagbare Abnahmepflicht zu unhaltbaren und unerträglichen Konsequenzen; die Beispiele, die er anführt, sind nach Sprenger (a. a. O.) nicht von Belang. Zuletzt glaubt Laband, die Folgen des Annahmeverzugs, namentlich die damit verbundene Schadensersatzverbindlichkeit, gewähre dem Käufer hinreichenden Schutz. Wir haben wohl durch die bisherigen Ausführungen Labands Bedenken entkräftet. Im einzelnen ist dies von Sprenger geschehen (S. 592 ff.), auf den verwiesen sei. Vor allem hat das BGB. selbst sich durch Normierung der Abnahmepflicht gegen Laband entschieden, sodass es sich erübrigt, auf seine Ausführungen näher einzugehen.

27) S. 178.

Weise den Verkäufer zu befreien. Sie haben — so S. 240 f — den Fall vor Augen, dass der Käufer nicht verzichtet, aber auch nicht annimmt, dass er also den Verkäufer nicht in die Befreiungssituation bringt, die dieser von der Rechtsordnung begehren kann. Hier muss die Rechtsordnung eingreifen: nicht dass sie den Käufer zur Annahme zwingen kann, aber das Gericht kann feststellen, dass, wenn in bestimmter Weise mit der Ware verfahren wird, der Verkäufer befreit sein soll: m. a. W. es kann mit Rücksicht auf den individuellen Fall ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemeinen gesetzlichen Mittel liegt, als genügend erklärt werden, um den Verkäufer zu befreien. Die Klage aus § 433 ist darum keine Klage auf Empfangnahme, sie ist Klage auf Feststellung dessen, dass der Schuldner befreit ist, falls mit der Sache in bestimmter Weise verfahren wird, oder mit der Sache in bestimmter Weise verfahren worden ist. Das Recht auf Abnahme ist gleich dem Rechte zu verlangen, dass der Gläubiger das Gut als abgenommen erklärt, oder dass er sich so behandeln lässt, als habe er das Gut abgenommen." Dem Einwand, dass es einer besonderen Bestimmung der Gesetzgebung über solche Feststellungsklage nicht bedurft hätte, da sich das Recht auf gerichtliche Feststellung schon aus § 231 (jetzt 256) C. P. O. ergebe, begegnet er S. 246: „Diese Bestimmung im Gesetz hat die grosse Bedeutung, dass es in solchen Fällen eines besonderen Nachweises des Feststellungsinteresses nicht bedarf, indem hier bereits gesetzlich das Vorhandensein des Feststellungsinteresses anerkannt ist."

Kohler bekräftigt seine Theorie durch eine Reihe von drastischen Beispielen aus dem Leben.

Gegen Kohler's Ausführungen ist manches einzuwenden. Zunächst ergiebt der Wortlaut des Gesetzes nichts, was Kohler's Auslegung berechtigt erscheinen liesse; insbesondere auch seine Ansicht, dass die

§§ 433 und 640 nur den Fall vor Augen haben, dass der Käufer bezw. Besteller auf die Sache — das Werk — nicht verzichtet, aber auch nicht annimmt. Diese Auslegung erscheint zu eng. Es werden auch die Fälle betroffen, in denen der Käufer zahlt und verzichtet, ohne aber abzunehmen. Die Tragweite der §§ so zu beschränken, lässt der klare Wortlaut nicht zu; es erscheint verfehlt, einen besonderen Sinn in die unzweideutige Diktion zu legen. — Auch Oertmann[28]), Dernburg[29]) und Rosenberg[30]) halten aus diesem Grunde Kohler's Ansicht für verfehlt.

Sodann wird Kohler den Interessen des Verkäufers und Unternehmers, wie bereits eingehend dargetan ist, nicht gerecht.[31])

Und ferner das bedeutsamste Argument gegen Kohler's Theorie: es ist zwar richtig, dass der Gläubiger, der eben Gläubiger, daher berechtigt und nur berechtigt ist, sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen braucht.[32]) Er kann sehr wohl, was Rosenberg zu Unrecht bestreitet, auf die Leistung verzichten, wenn er dem andern die Gegenleistung nicht vorenthält, es müsste denn sein, was hier aber nicht in Frage kommen kann, dass er sich ausdrücklich zu einer Tätigkeit verpflichtet hat. Diese dem Gläubiger zustehende Freiheit ist für unser heutiges Obligationenrecht etwas Fundamentales, dass zuerst

28) A. a. O. § 433 3b. und

29) Das b. R. II., 1. Abs. S. 162.

30) A. a. O. S. 246 ff.

31) Zum gleichen Ergebnis kommt Jacobi von einem anderen Gesichtspunkt aus. Er führt den Fall an, „dass der Annahmeverzug deshalb begründet sei, weil der Käufer zwar annehmen, aber nicht bezahlen wolle. Natürlich behält hier der Verkäufer die Sache zurück. Hier könnte ihm das Recht, die Sache dem Käufer ins Haus zu schicken, nichts helfen. Sollte nun, wenn ihm hieraus ein Schaden erwächst, der Käufer hier nicht ersatzpflichtig sein?“

32) So Jacobi S. 276 ff.

aufgedeckt zu haben gerade Kohler's grosses Verdienst ist.[33])

Zu weit geht aber Kohler, wenn er seine Lehren dahin weiter ausdehnt, der Gläubiger könne überhaupt bezüglich der Annahme zu nichts verpflichtet sein. Das würde, wie bereits erörtert, zu Ungerechtigkeiten gegenüber dem Schuldner führen. Der würde unter Umständen zu mehr verpflichtet, als er bei Abschluss des Vertrages übernommen hatte, indem ihm die Sorge und die Last des nicht abgenommenen Vertragsgegenstandes aufgebürdet würden. Ständen ihm noch die Rechtsbehelfe des römischen und alten deutschen Rechts zur Seite, dann könnte er sich wohl leicht von dieser Sorge befreien. Denn nach diesen früheren Rechten war es dem Schuldner erlaubt, sich auf einfache Weise des nicht abgenommenen Gegenstandes zu entledigen: er stellte ihn auf die Strasse oder schüttete z. B. den Wein aus. Dieses Recht hat man dem Schuldner genommen, und es wäre unbillig, ihm nun ohne andere Rechtsbehelfe zulassen. Es steht aber mit Kohler's Lehre, nach welcher der Gläubiger sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen braucht, nicht in Widerspruch, wenn er „zur Mitwirkung verpflichtet ist, dass der mit dem Besitze der Sache belastete Schuldner von dieser Last befreit werde.[34])

Auch vom Standpunkt der Moral aus, auf den Kohler sich beruft, lässt sich seine Theorie nicht rechtfertigen. Im Gegenteil! So richtig es allerdings ist, dass der Gläubiger nicht zur Entgegennahme der Leistung, also eines Vermögensvorteils, gezwungen werden darf,

33) Ein Verdienst, das eine unvergängliche Anerkennung gefunden hat dadurch, dass unser Gesetz diese Lehre zur Rechtsvorschrift erhoben hat. Im BGB. ist nämlich der Gläubigerverzug insofern durchaus verschieden vom Schuldnerverzug behandelt, als Voraussetzung dieses letzteren ein Verschulden ist, während der morose Gläubiger seine Pflichten nicht verletzt.

34) Jacobi S. 270.

so richtig ist es auch nach unserm sittlichen Gefühl, dass der Schuldner durch eine Handlungsweise des Gläubigers nicht in seinen Vertragsrechten geschmälert wird, indem man ihm mehr aufbürdet, als er bei Abschluss des Vertrages übernommen hatte. Dass er hierzu aber ohne die Abnahmepflicht des Gläubigers gezwungen würde, ist bereits mehrfach dargelegt worden. Kohler scheint eben eins bei der Aufstellung seiner Theorie übersehen zu haben: dass der Verkäufer, dem der Käufer die Sache nicht abnimmt, keineswegs mit der Sache nach seinem Belieben verfahren kann, wie er es könnte, wenn ihm die Sache gehörte, sondern, dass ihm vom Gesetz lästige Schranken auferlegt sind; dass ferner der Verkäufer durch irgend einen der vielen möglichen Gründe sehr interessiert daran ist, die Sache loszuwerden, vielleicht vielmehr als der Käufer daran, sie nicht abzunehmen. Dasselbe gilt von Unternehmer und Besteller.

Kohlers Auslegung der Vorschriften der §§ 433 II und 640 I, die einen Verteidiger in Romeick[35]) findet, ist also, wie gezeigt, unhaltbar: es bleibt bei der oben festgestellten und sonst in der Litteratur allgemein anerkannten, nach der das Gesetz dem Käufer und Besteller die Abnahme zur Pflicht machen will.

§ 10.

Diesen vereinzelt dastehenden Ansichten Kohler's und Romeick's gegenüber wird die Abnahmepflicht des Käufers und Bestellers von allen übrigen Schriftstellern grundsätzlich anerkannt; dagegen ist die **Bedeutung** und Tragweite dieser Abnahmepflicht lebhaft bestritten. Viele Ansichten, ja, wohl die meisten, gehen nämlich dahin, dass der Begriff „Abnehmen“ im BGB. einheitlich nicht verwandt sei, dass ihm vielmehr in den einzelnen fraglichen Gesetzesbestimmungen, vor allem in denen vom

35) A. a. O.

Kauf auf der einen und vom Werkvertrag auf der andern Seite eine verschiedene Bedeutung beizumessen sei.

Bei unserer summarischen Prüfung der Bedeutung des „Abnahme"-Begriffs nach dem Sprachgebrauch des BGB. und dem Tatbestand der einzelnen fraglichen §§, sowie bei der Prüfung des praktischen Bedürfnisses einer Abnahmepflicht im Verkehr und wirtschaftlichen Leben sind wir im Gegensatz zu der Ansicht der Mehrheit der Schriftsteller zum Ergebnis gekommen, dass in den fraglichen Bestimmungen des Werkvertrags dem Begriff dieselbe Bedeutung zukomme wie in denen des Kaufs, nämlich die Bedeutung: der Käufer bezw. der Besteller ist verpflichtet, die gekaufte Sache bezw. das vertragsmässig hergestellte Werk zu übernehmen [36]) mit der wesentlichen Zweckbestimmung, dass die Sache oder das Werk aus dem Machtbereich des Verkäufers bezw. Unternehmers herausgeschafft wird.

Im Allgemeinen herrscht Einigkeit über die Bedeutung des Begriffs „Abnehmen" im § 433 II: Hier handle es sich um die tatsächliche Hinwegnahme der gekauften Sache. [37]) Diese Begriffsbestimmung in Theorie und Praxis hat neuerdings Jacobi in dem angegebenen Aufsatz in einem Sinn modifiziert, der, auf einem anderen Weg zwar gefunden, doch dem von uns oben entwickelten ähnlich ist. Er führt nämlich aus, es könne unter „tatsächlichem Wegnehmen von den Schriftstellern wohl nichts

---

36) Wir gebrauchen das Wort „übernehmen" absichtlich und werden es in der folgenden Darstellung rechtfertigen. Da die Prüfung des Wortes „abnehmen" sich in erheblichem Masse darauf erstreckt, es von dem Wort „annehmen" abzugrenzen, ist es nötig, ein zwischen beiden Wörtern neutrales Wort anzuwenden und im einzelnen Fall nach dieser oder jener Seite zu erläutern.

37) So Protokolle II S. 53, 54. Planck II Note 7 zu § 433. Endemann I S. 795 Anm. 7. Goldmann-Lilienthal I S. 515. Crone II S. 424. Schollmeyer S. 38. Lehmann-Ring II S. 99. Staub II S. 1253. Entsch. RG. 53 S. 162; 56, 176 und in der „Deutschen Juristenzeitung" IX, S. 343.

anderes verstanden sein, als dass die Sache aus der tatsächlichen Gewalt des Verkäufers in die des Käufers übergeht, dass dieser die Sache nicht mehr hat, jener sie hat. Hiergegen aber erhebt sich ein Bedenken von grösster Bedeutung aus der Natur der Obligationen. Der Gläubiger, der nur Gläubiger sei, brauche sich, wie schon oben ausgeführt, die Leistung nicht aufdrängen zu lassen. Danach könne der Käufer grundsätzlich nicht verpflichtet sein, die gekaufte Sache an sich zu nehmen. Es bleibe nur übrig, „dass der Käufer verpflichtet wird, die Sache dem Verkäufer zur Erfüllungszeit vom Halse zu schaffen". Es ergibt sich also: entweder muss der Käufer die Sache annehmen oder, wenn er das nicht will oder kann, „muss er Handlungen irgend welcher Art vornehmen, die geeignet sind, den Verkäufer von dem Besitze der Sache zu befreien," wie Jacobi in der schon oben angeführten Definition treffend sagt.

Diese Definition entspricht auch nach der hier vertretenen Ansicht am besten der Absicht des Gesetzgebers. Der Verkäufer soll durch die Abnahme nicht allein von seinen Schuldnerpflichten befreit werden, wie manche annehmen; diese Auffassung ist zu eng, das Gesetz würde den Interessen des Verkäufers nicht gerecht, „der die Sache zur Lieferung an den Käufer angeschafft hat und sie später vielleicht gar nicht oder nur schwer los werden kann — bis dahin aber Mühen, Kosten und Gefahren übernehmen muss". Andererseits soll der Verkäufer auch nicht den Anspruch haben, dass der Käufer die Sache fortschafft und an sich nimmt, wie besonders Lehmann glaubt, welcher sagt:[38]) „Abnahme ist der der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme des Gutes (aufferre), um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von dem Gute zu entlasten." Diese Definition ist zu weit gefasst; denn es geht den Verkäufer nichts an, auf welche Weise der Käufer die Sache ihm vom

38) A. a. O. S. 493, 5.

Halse schafft: wenn er ihn nur von der Sorge und Last der Sache befreit. Freilich wird fast immer der Käufer dieser Pflicht nachkommen, indem er die Sache in seine Verfügungsgewalt übernimmt, aber es ist nicht nötig, dass er es tut; es liegt nicht in der Vorschrift des Gesetzes, dass er auf diese Weise seiner Pflicht nachkommt.

Diese genauere Begriffsbestimmung hat übrigens auch in der wenigen späteren Litteratur[39]) Anerkennung gefunden. Vor allem in Staudinger's Kommentar:[40]) „Dass der Käufer immer selbst die tatsächliche Verfügungsgewalt auf sich zu nehmen hat, erscheint im Prinzipe nicht wesentlich, denn der Käufer kann auch auf anderem Wege als durch Selbstübernahme den Verkäufer von der Sache befreien; nur der letztere Effekt ist wesentlich."

Wir haben unsere Begriffsbestimmung: „übernehmen vorzugsweise mit der Zweckbestimmung, dass die Sache oder das Werk aus dem Machtbereich des Verkäufers oder Unternehmers herausgeschafft wird", deshalb gewählt, weil wir uns damit dem Sinne des Sprachgebrauchs des gemeinen Lebens und dem übereinstimmenden des BGB. eng anschliessen, auch den Regelfall der Abnahme, nämlich die Annahme (Uebernahme), bezeichnen und zugleich für die anderen Fälle Raum lassen, in denen der Käufer oder Besteller sich auf andere Weise seiner Verpflichtung entledigt. Denn das Wort „übernehmen" bezeichnet unseres Erachtens direkt weder allein die Fortschaffung der Sache aus dem Machtbereich des andern, noch auch die Einbringung der Sache in den Machtbereich des Annehmenden, lässt vielmehr beide Deutungen zu, sodass im einzelnen Fall seine Bedeutung durch den von uns gemachten Zusatz erkenntlich wird.

---

39) Oertmann dagegen in der 1906 erschienenen neuen Auflage seines Kommentars: „Eine sichere Entscheidung der Frage ist kaum möglich." (S. 327 etc.)

40) A. a. O. S. 15.

Jedenfalls ist man sich im Ganzen, abgesehen von den erörterten Einschränkungen, über den Begriff des „Abnehmen“ im § 433 II. einig.

Anders beim Werkvertrag Hier wird die Bedeutung und Tragweite des Wortes ganz verschieden aufgefasst. Man kann unter den Schriftstellern, welche die Frage behandelt haben, auf Lehmann und Oertmann drei Hauptansichten unterscheiden.

Die Einen[41]) geben dem Wort dieselbe Bedeutung wie im § 433 II.: es handle sich also lediglich um die körperliche Wegschaffung.

Die andere Richtung[42]) erblickt in der „Abnahme“ die körperliche Hinnahme im Sinne einer Annahme als Erfüllung, also im Sinne des § 363, d. h. „die Bestätigung, dass die angebotene Leistung der Schuldverpflichtung entspricht, ohne dass damit ein zwingendes Anerkenntnis oder ein Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel der Leistung ausgesprochen würde“. (Endemann). — Gegen diese Ansicht ist ein unseres Erachtens treffender Beweisgrund bei Goldmann-Lilienthal[43]) angeführt. Eine Vorschrift, nach welcher der Besteller verpflichtet ist, das vertragsmässig hergestellte Werk tatsächlich an sich zu nehmen und zwar in der Weise, dass das Ansichnehmen eine Annahme des Werkes als eine Erfüllung enthält, wäre nicht verständlich. „Durch die Abnahme des vertragsmässig hergestellten Werks erlischt die Verpflich-

41) Schollmeyer S. 102 (der allerdings, wie Oertmann S. 645, 108 hervorhebt, „S. 105 in der vollzogenen Abnahme eine Annahme als Erfüllung mit der Wirkung gemäss § 363 erblickt und nur nicht in jeder Annahme als Erfüllung eine Abnahme, wohl aber in jeder Abnahme eine Annahme als Erfüllung sieht). Dernburg B.-R. §§ 74, 318. Jacobi a. a. O. Kober a. a. O. S. 44 ff. Goldmann-Lilienthal S. 643.

42) Oertmann (entgegen der 1. Auflage seines Werkes) S. 645 f. Lehmann a. a. O. Düringer-Hachenburg a. a. O. Planck Nr. 1b. Eck S. 523. Schöller a. a. O. Endemann S. 795 Anm. 7.

43) A. a. O. S. 643.

tung des Unternehmens (§ 362). Was sollte es demgegenüber bedeuten, dass der Besteller das vertragsmässig hergestellte Werk nur als Erfüllung im Sinne des § 363 anzunehmen brauchte? Wenn das Werk vertragsmässig hergestellt ist, so bedarf es keiner Regelung der Beweislast dafür, dass es nicht vertragsmässig hergestellt ist. Das Gesetz bestimmt nicht — hierauf kommt die herrschende Meinung hinaus —: Die Abnahme des Werks gilt als Annahme als Erfüllung, es bestimmt vielmehr: Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen. Der Zweck des Gesetzes ist beim Werkvertrag (wie beim Kaufvertrag) allein der, dem Besteller die Verpfichtung aufzuerlegen, den Unternehmer vom dem Werk zu befreien."

Die dritte[44/45]) Gruppe von Schriftstellern hat besonders aus der wesentlichen Verschiedenheit des Kauf- und Werkvertrages, die wie oben dargestellt, darin besteht, dass bei Abschluss des Kaufs die Sache schon existent ist, während der Vertragsgegenstand des Werkvertrages,

---

44) Z. B. Crome a. a. O. Enneccerus S. 684/5. Rosenberg a. a. O. Riezler a. a. O. u. a. m.

45) Eine vierte Ansicht ist die Cosack's (§ 148 I 3), wonach die „Abnahme" und „Ablieferung" korrespondierende Begriffe sind, da sie sich beide auf den nämlichen Vorgang bezögen, der „Ablieferung" vom Standpunkt des Unternehmers, „Abnahme" vom Standpunkte des Bestellers heisse. Cosack bezeichnet selbst seine Ansicht als „nicht zweifelsfrei". Nach unserer Definition der Begriffe (bezgl. „Abliefern" s. unten S. 38 Anm. 65) stehen Abliefern und Abnehmen nicht notwendig in einem bestimmten Verhältnis zu einander. Zwar können bei demselben Vorgang „Abliefern" und „Abnehmen" mit einander korrespondieren, indem die Tätigkeit, wodurch die im Besitz des Unternehmers befindliche Sache in den Besitz des Bestellers gelangt, von beiden Teilen verrichtet wird. Dem Begriffe nach notwendig aber, wie Cosack es offenbar annimmt, ist ein solches Verhältnis zwischen beiden nicht. Vielmehr kann der Besteller abnehmen ohne dass der Unternehmer abliefert und umgekehrt. — Auch Oertmann widerlegt (S. 646) von dem von ihm vertretenen Standpunkt aus Cosack's Definition.

das Werk, erst durch Arbeitsleistung hergestellt werden soll, geschlossen, dass „Abnehmen“ bei beiden fraglichen Verträgen verschiedene Bedeutung[46]) habe und zwar enthalte der Akt beim Werkvertrag ein doppeltes: einmal die reale Übernahme des Werkes und zum andern die Prüfung und Billigung, dass das Werk die versprochene Eigenschaft besitzt.

Vor der Besprechung dieser Ansicht ist eine Reihe von Fällen des Werkvertrages zu erwähnen, bei denen von einer Bedeutung des „abnehmen“ als eines übernehmen des Vertragsgegenstandes aus dem Machtbereich des Unternehmens überhaupt nicht die Rede sein kann, und zwar aus dem Grunde, weil hier der Unternehmer, seine Arbeit vornimmt an der im Besitz des Andern bleibende Sache. Rümelin behauptet nun[47]) dass bei diesen Fällen zweifellos die Abnahme die Billigung bedeute. Dem können wir nicht zustimmen. Vielmehr gehören nach unserer Ansicht diese Fälle[48]) zu den im § 640 I. ausdrücklich ausgenommenen Werken, bei denen nach ihrer Beschaffenheit die Abnahme ausgeschlossen ist.[49])

Was nun die Ansicht der dritten Gruppe der Schriftsteller angeht, so lässt sich manches dagegen anführen.

---

46) Es wird sogar von einzelnen Schriftstellern, so von Rosenberg, die Anschauung vertreten, dass nicht einmal bei den einzelnen Paragraphen des Werkvertrags der Begriff einheitlich zu verwenden sei. Diese letztere Ansicht ist wohl von vornherein von der Hand zu weisen. Auch die Vorarbeiten zum BGB. sprechen sich hiergegen aus; es wird nämlich in den Protokollen ausdrücklich unterschieden „die Bedeutung der Abnahme im § 459 II auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der anderen Seite“. S. auch Planck.

47) A. a. O. S. 214.

48) S. oben S. 2.

49) S. hierzu z. B. Staudinger-Kober a. a. O. Planck ebenfalls u. a. Im Uebrigen die umfassende Zusammenstellung über den Begriff der „nichtabnahmefähigen Werke“ bei Oertmann S. 647.

Zunächst der zweite Absatz des § 640, welcher die Wirkung der Abnahme angiebt, wäre überflüssig. Diese Wirkung ist, dass der Abnehmer des Werkes der dessen Fehler kennt, diese Mängel nach der Abnahme nur geltend machen kann, wenn er sich seine Rechte wegen dieser Mängel vorbehält. Was sollte diese Bestimmung wenn der Gesetzgeber mit „Abnehmen" zugleich eine Billigung verbunden wissen wollte? Der Besteller wird doch nicht ein mangelhaftes Werk billigen.[50]) Aber nicht nur überflüssig, sondern sogar verfehlt wäre dieser zweite Absatz, wie Jakobi mit Recht anführt.[51]) Denn ist eine Prüfung gefordert, so müsste doch deren Unterlassung irgend eine Wirkung haben. Es müsste daher nicht bloss die Berufung auf bekannte, sondern auch auf die durch die Prüfung ermittelbaren Mängel ausgeschlossen sein." Davon aber sagt das Gesetz nichts. Es will in Wahrheit nur jede Abnahme aus der Hand des Werkführers durch den Besteller, der Mängel kennt und sie sich nicht vorbehält, als Verzicht auf die Rechte aus ihnen angesehen wissen."

Ferner ist gegen die Ansicht der Mehrheit anzuführen, dass häufig eine Prüfung und Billigung unmittelbar nicht möglich ist. Das sagt auch Dernburg[52]), der das treffende Beispiel anführt von der Maschine, die erst in Gang zu setzen ist. Dagegen ist eine spätere Billigung immer und bei allen Werken möglich; hierin liegt aber ein anderes Argument gegen die Mehrheit. Denn es wäre unverständlich, wie das Gesetz in den §§ 640 I und 646 von Werken sprechen könnte, nach deren Beschaffenheit die Abnahme ausgeschlossen ist, wenn man unter abnehmen auch billigen verstanden wissen will.

---

50) Rümelin S. 218: Eine direkte Verpflichtung zur Prüfung wäre etwas Seltsames und liegt nicht vor. Die Voraussetzung für § 640 II bildet die Tatsache, dass der Besteller bei der Abnahme die Mängel kennt.

51) S. 279, 280.

52) Das bürgerliche Recht S. 432.

Es ist also nicht möglich, für den § 640 I die Abnahmepflicht nach der Ansicht der besprochenen zweiten und dritten Gruppe der Schriftsteller zu definieren. Es bleibt bei der nach dem Sprachgebrauch gefundenen, auch für den Kauf zutreffenden Begriffsbestimmung.

Es frägt sich nun, ob man mit solcher Begriffsbestimmung allen anderen fraglichen Gesetzesvorschriften dieses Titels gerecht wird.

Zunächst § 638 Abs. 1 S. 2. Die Verjährung — der Ansprüche des Bestellers wegen Mängel — beginnt mit der Abnahme des Werkes." Hier kann „Abnahme" unmöglich den Sinn von „Annahme" als Billigung haben, weil dann der Besteller durch Nichtabgabe der Billigungserklärung die Verjährung seiner Ansprüche hinausschieben könnte.[53]) Dadurch würde dieser Bestimmung, welche unzweifelhaft zu Gunsten des Schuldners-Unternehmers gegeben ist,[54]) der Grund entzogen. Diesen innern Grund übersieht wohl Rosenberg, wenn er die „Abnahme" in diesem § analog der „Ablieferung im § 477, definiert als diejenige, „die dem Besteller die Möglichkeit giebt, die Vertragsmässigkeit des Werks zu untersuchen". Auch sagt Endemann[55]) richtig, dass bei solcher Auslegung „die Abnahme als Ablieferung des Unternehmers aufgefasst würde, während das Gesetz offensichtlich darunter eine Handlung des Bestellers verstehe".

Sieht man aber in der Abnahme die tatsächliche Uebernahme mit der wesentlichen Zweckbestimmung, dass das Werk aus dem Interessensbereich des Unternehmers herausgeschafft wird, so wird der Absicht des Gesetzgebers durchaus entsprochen: der Besteller kann den Beginn der Verjährung nicht hinauszögern, die Abnahme ist eine Tätigkeit des Bestellers.

---

53) So Rosenberg S. 255.

54) Wir verweisen zur Bekräftigung auf die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten.

55) S. 795.

Ferner kommt in Betracht der § 640 II.: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält."

Rosenberg glaubt aus der fast wörtlichen Uebereinstimmung dieses § mit dem § 464 — bei den letzteren heisst es nur „Annehmen" statt „Abnehmen" — schliessen zu sollen, dass auch hier „Abnehmen" die Bedeutung von „Annehmen" hat, zumal kein innerer Grund dem entgegenstehe, vielmehr der Zweck beider Vorschriften derselbe sei. Das ist an sich richtig. Nur ist dagegen zu sagen, dass dann der Gesetzgeber auch hier das Wort „annehmen" gebraucht hätte. Man kommt zur Lösung dieser Schwierigkeit, wenn man auch hier den inneren Grund der Bestimmung berücksichtigt. Sie ist zweifellos im Interesse des Schuldners-Unternehmers gegeben;[56]) er soll nicht lange in Ungewissheit darüber sein, ob der Besteller das Werk mit den ihm bekannten Mängeln entgegennehmen will oder nicht. Jacobi[57]) sagt nun hier mit Recht, dieser innere Grund der Vorschrift entfalle, „wenn „Abnehmen" nur „„vom Halse schaffen"" bedeutet". Doch „Wer einerseits zur Annahme berechtigt, anderseits verpflichtet ist, den Gegner von der Sache oder dem Werk zu befreien, der tut es, von ganz seltenen Fällen abgesehen, immer dadurch, dass er das Werk dem andern ab- und gleichzeitig an sich nimmt". Dem stimmen auch wir durchaus zu; ist doch gerade diese Erwägung ein Grund für uns gewesen, „abnehmen" umständlich zwar, aber doch wohl genau zu definieren als „übernehmen mit der wesentlichen Zweckbestimmung, dass die Sache oder das Werk aus dem Interessenbereich des Unternehmers — bezw. Verkäufers — herausgeschafft wird". Gerade der § 640 II rechtfertigt unsere Auslegung, die von der Jacobi's, wenn auch gering,

56) S. oben S. 14.
57) S. 281 ff.

abweicht. Jedenfalls brauchen wir bei unserer Definition nicht mehr die folgende Argumentation Jacobi's, die für diesen Fall als Notbehelf erscheint: „Sollte sich wohl Jemand finden, der dem Gesetz einen Vorwurf macht, wenn es die seltenen Fälle ausser Acht gelassen und diesen Regelfall allein ins Auge gefasst hat? Es lösen sich dann aber alle Schwierigkeiten. Denn hat das Gesetz bei seinen Bestimmungen über Abnahme nur den Fall berücksichtigt, dass der, welcher den Andern von der Sache befreien soll, sie auch an sich nimmt, so hat es damit für die anderen Fälle eine Bestimmung nicht gegeben. Es muss dann für diese Fälle immer noch geprüft werden, ob die Bestimmung passt oder nicht.“ — Mit unserer Definition werden wir ohne eine solche Erwägung der Vorschrift gerecht. Denn wir entziehen der Bestimmung nicht ihren inneren Grund die Wahrung der Interessen des Unternehmers.[58])

Auch der § 641: „die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten etc., bestätigt die Richtigkeit der gefundenen Definition, denn es ist für die Abnahme im Sinne dieser Gesetzesstelle belanglos, ob das Werk „angenommen“ wird.

Dann § 644 I: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur „Abnahme“ des Werkes.“ Auch bei dieser im Interesse des Schuldners-Unternehmers gegebenen Vorschrift ist wesentlich, dass das Werk aus seinem Machtbereich geschafft wird, nicht wesentlich, dass es auch in den Machtbereich des Bestellers gelangt. Dasselbe gilt von § 645.

---

58) Rümelin S. 227 ff.: „Die §§ 640 II und 464 enthalten materiell dieselbe Bestimmung, nur wird beim Kauf von Annahme, beim Werkvertrag von Abnahme gesprochen. Ich vermag die Verschiedenheit der Ausdrücke in den §§ 464 und 640 II im Vergleich mit der Uebereinstimmung der §§ 433 und 640 I nicht zu erklären und habe Zweifel, ob sie sich überhaupt erklären und rechtfertigen lässt.“

Damit haben alle in Frage kommenden Gesetzesstellen Berücksichtigung gefunden; allen wird mit der aus dem Sprachgebrauch entnommenen und auch dem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechenden Begriffsbestimmung Rechnung getragen. Es ergibt sich demnach auch bei Prüfung des Tatbestandes aller einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wie der gegen die gefundene Definition bei den einzelnen Gesetzesstellen laut gewordenen Ansicht der Litteratur, dass das BGB. mit dem Wort „Abnehmen" stets einen scharf abgegrenzten Begriff verbindet, welcher ist:

„der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache,
„der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmässig
„hergestellte Werk zu übernehmen, vorzugsweise
„mit der Zweckbestimmung, dass die Sache oder
„das Werk aus dem Interessensbereich des Ver-
„käufers bezw. Unternehmers herausgeschafft wird."

Zweiter Hauptteil.

§ 11.

Es ist im Vorigen festgestellt worden, dass der Käufer verpflichtet ist, die Sache „Abzunehmen“;[59]) unzweideutig spricht das Gesetz dies im § 433 II. aus. Ist er aber „verpflichtet“, so heisst das, er ist Schuldner bezüglich der Abnahme. Verletzt er also diese seine Schuldnerpflicht wiederrechtlich, so gerät er bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen in Verzug des Schuldners, in Leistungsverzug, der im BGB. §§ 284 ff geregelt ist.

Ferner hat der Käufer auch ein Recht an dem Produkt der Leistung (Paeck), er ist also auch Gläubiger und gerät demnach, falls er sein Gläubigerrecht nicht ausübt und wenn die nötigen Voraussetzungen gegeben sind, zugleich in Verzug des Gläubigers, in Annahmeverzug, der in den §§ 293 ff. geordnet ist.

Der Abnahmeverzug des Käufers ist demnach ein Fall, bei welchem in der Person desselben Individiums aus demselben Rechtsverhältnis ausnahmsweise Leistungs- und Annahmeverzug konkurrieren; und zwar ist dies nur deshalb möglich, weil, wie im Vorigen hinlänglich dargetan, die Leistung, bezüglich deren der Käufer berechtigt ist, nicht mit der Leistung identisch ist, welche er schuldet,

59) Es ist in der bisherigen Untersuchung der Beweis erbracht, dass „Abnehmen“ beim Werkvertrag dieselbe Bedeutung hat wie beim Kauf Es kann demnach im Folgenden aus Gründen einer einfacheren Darstellung nur von der Abnahmepflicht und dem Abnahmeverzug des Käufers gesprochen werden.

mit anderen Worten, weil die Annahme etwas durchaus Verschiedenes ist von der Abnahme.

Dass nun der Käufer durch Nichtabnahme zugleich in Gläubiger- und Schuldnerverzug kommen kann, ist unbestitten.[60]) Bestritten ist dagegen das Verhältnis des Annahmeverzugs zum Abnahmeverzug. Nach der richtigen Ansicht ist der Abnahmeverzug wohl eine Erweiterung des Annahmeverzugs in der Weise, dass bei dem Abnahmeverzug zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs auch die hinzukommt, dass der Käufer seine Abnahmepflicht schuldhafterweise verletzt. So sagt Staub:[61]) „Der Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug". Trifft also den Käufer bei der Nichabnahme kein Verschulden, so fällt er nur in Annahmeverzug.

Hiernach ist es sehr wohl möglich und auch unbestritten, dass der Käufer in Annahmeverzug gerät, ohne in Abnahmeverzug zu sein.[62]) Das ist der Fall, wenn der Käufer den Verkäufer von dem Besitz der gekauften Sache befreit ohne doch die Sache als Erfüllung in der Weise anzunehmen, dass der Verkäufer dadurch von seinen Schuldnerpflichten frei wird.

Nicht möglich erscheint es dagegen nach der hier vertretenen Ansicht, dass der Käufer in Abnahmeverzug gerät ohne zugleich in Annahmeverzug zu sein. Dies behaupten z. B. Rosenberg, Makower und Düringer-Hachenburg. Da die Frage, welche der verschiedenen Ansichten die richtige ist, mit der Frage nach dem Verhältnis des Annahme- und Abnahmeverzugs zusammenfällt, so bedarf sie einer eingehenden Prüfung.

---

60) Endemann I S. 786 Anm. 2. Crome II S. 424. Staub S. 1269. Jacobi. Schollmeyer S. 38. Lehmann-Ring S. 108, zu 374. Lehmann S. 492 ff. Planck S. 384. Neumann I S. 210. Goldmann-Lilienthal 516. Dernburg II 1, S. 168. Hohenstein S. 78 ff. Jacobs S. 28. Fleck S. 253. Kuhlenbeck S. 438.

61) Anm. 2 zu § 373.

62) Makower I S. 1072. Staub § 325, Anm. 2.

Rosenberg[63]) führt Folgendes aus: „Wenn der Käufer erklärt, er billige die Ware als vertragsmässige und erkenne an, dass der Verkäufer befreit, das Schuldverhältnis beendigt sei, indem er vielleicht gleichzeitig auf die Ware verzichtet, er sich aber weigert, die Ware abzunehmen, so ist der Zweck des Angebotes als Voraussetzung des Annahmeverzuges, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur seine Rechte aus dem Abnahmeverzug geltend machen."

Dass diese Ausführungen nicht zutreffend sind, dass vielmehr mit dem Eintritt des Abnahmeverzugs des Käufers der Eintritt des Annahmeverzugs verbunden ist, ergibt sich bei einer Prüfung der Leistungspflichten des Verkäufers, welche eine Annahme der Leistung als Erfüllung durch den Käufer und dadurch eine Befreiung des Verkäufers von seiner Obligation, möglich machen.

§ 433 I besagt: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen".

Der Verkäufer hat demnach zwei wesentliche Pflichten. Erstens: er muss die Sache dem Käufer übergeben, zweitens: er muss dem Käufer das Eigentum an der Sache verschaffen.

Auf die Erfüllung der letzteren Pflicht kann der Käufer ohne weiteres verzichten und dadurch den Verkäufer in dieser Hinsicht von seiner Obligation befreien. Er würde also, wenn es sich nur um die Annahme seiner Rechte aus dieser Pflicht des Verkäufers handelte, sehr wohl in Abnahmeverzug geraten können ohne zugleich in Annahmeverzug zu kommen.

Nicht aber kann er verzichten auf die Erfüllung der zweiten, der Uebergabepflicht, was durch folgende Erwägungen bewiesen werden soll.

---

63) S. 260.

Was Uebergabe ist, geht aus den § 929 B. G. B. hervor; es ist die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes, d. h. die Verschaffung der tatsächlichen Gewalt über die Sache; sie ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag. Der Verkäufer will den Besitz übertragen, der Käufer den Besitz erwerben. Ist nun Erfüllungsort für den Kaufvertrag der Wohnsitz des Verkäufers — Holkauf —, so vollziehen sich die Teile des Uebergabegeschäftes gleichzeitig und in Anwesenheit beider Kontrahenten, indem der Verkäufer dem Käufer den unmittelbaren Besitz verschafft und der Käufer die Sache fortbringt oder, wie man auch sagen kann, die Sache „abnimmt." Das Fortbringen, die Abnahme, ist hier ein Bestandteil des Uebergabegeschäftes, und zwar derjenige Bestandteil, „der einerseits den Uebergabeakt äusserlich beendet, anderseits den Besitzerwerbswillen des Käufers dokumentiert."[64]) — Wenn nun der Käufer bei diesem „Holkauf" die Sache nicht fortbringt oder, hier besser gesagt, „abnimmt" und dadurch in Abnahmeverzug gerät, so kommt die Uebergabe nicht zu stande, der Verkäufer kann sich nicht durch Erfüllung dieser ihm vertragsmässig obliegenden Leistung befreien der Käufer kommt auch in Verzug der Annahme.

Etwas anders liegt der Fall, wenn ein anderer Erfüllungsort als der Wohnsitz des Verkäufers vereinbart oder, in Ermangelung einer Vereinbarung, gesetzlich bestimmt ist, der Fall des sog. „Bringkaufs". Hier vollzieht sich das Uebergabegeschäft weder gleichzeitig noch in Gegenwart beider Kontrahenten. Der Verkäufer muss die Sache dem Käufer abliefern.[65]) Er tut es, indem er

64) Hohenstein S. 73.

65) Der Begriff „abliefern" ist bestritten; man versteht darunter entweder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wie Cosack, der I S. 435 Ablieferung nur diejenige Uebergabe nennt, welche den Käufer in die Lage versetzt, die Sache zu untersuchen. S. 528 nennt er dagegen „Abnahme" und „Ablieferung" korrespondierende Begriffe. „Sie beziehen sich beide auf den nämlichen Vorgang,

gemäss § 447 die verkaufte Sache „dem Spediteur, dem Frachtführer oder sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausliefert. Damit hat er seine Tätigkeit bei dem Uebergabegeschäft beendigt, an Stelle derselben tritt nun die der übermittelnden Person oder Anstalt; deren Tätigkeit aber wird endlich an dem vereinbarten oder gesetzlich bestimmten Erfüllungsort abgelöst durch die zugleich die ganze Uebergabe vollendende Uebernahme der Sache durch den Käufer, da dieselbe dadurch in seine tatsächliche Herrschaft kommt. Wenn nun der Käufer die Sache jetzt nicht in seine tatsächliche Gewalt übernimmt, oder, wie man auch sagen kann, nicht abnimmt, dadurch also in Abnahmeverzug gerät, so kommt dadurch die Uebergabe nicht zustande, der Verkäufer kann sich ebensowenig wie oben durch Erfüllung dieser vertraglichen Leistung befreien: der Käufer gerät deshalb auch hier zugleich in Annahmeverzug.

Es ergiebt sich also aus diesen Erwägungen, dass der Käufer auf die Uebergabepflicht des (Käufers) Verkäufers nicht verzichten kann, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Und da die Abnahme ein Teil des Uebergabegeschäftes ist, so ist die Folge des Verzugs mit der Erfüllung der Abnahmepflicht und des dadurch verhinderten Zustandekommens des Uebergabegeschäftes, dass der Käufer ausser in den Abnahmeverzug auch in Annahmeverzug gerät. Denn das Recht des Käufers, die gekaufte Sache anzunehmen, ist hier identisch mit seiner Pflicht,

---

„Ablieferung“ heisst der Vorgang vom Standpunkt des Unternehmers, „Abnahme“ heisst er vom Standpunkt des Bestellers.“ Eine ähnliche Anschauung vertritt Crome II, § 223² S. 474. Eine andere Ansicht, die hier als die richtige verwertet ist, bezeichnet „Ablieferung“ als eine einseitige Handlung des Verkäufers, durch die er den Gewahrsam an der Sache aufgibt und den Käufer in die tatsächliche Möglichkeit versetzt, sich seinerseits den Gewahrsam durch einen streng einseitigen Akt zu verschaffen. S. im übrigen oben S. 38 Anm. 65.

an dem Zustandekommen des Uebergabegeschäftes durch die Abnahme der Sache mitzuwirken.[66]) Es ist demnach nicht möglich, dass der Käufer in Abnahmeverzug kommt ohne zugleich in Annahmeverzug zu sein. — Rosenbergs Ausführungen erscheinen deshalb unhaltbar. — Makower[67]) welcher derselben Ansicht ist wie Rosenberg, führt das Beispiel an, dass die Ware trotz Besitz- und Eigentumsübertragung auf dem Grundstück des Verkäufers lagern bleibt. Hier könne der Käufer in Abnahmeverzug kommen, selbst nachdem angenommen sei. Wenn aber die Ware auf dem Grundstück des Verkäufers zurückbleibt, so kann die Uebergabe nur stattfinden durch constituum possessorium gemäss § 930 BGB. Die Ausübung der Abnahmepflicht des Käufers, also die Ausübung der Pflicht, die Ware tatsächlich fortzuschaffen, ist in diesem Fall aber nicht möglich, sodass bei dieser besondern Art der Uebergabe der Käufer überhaupt nicht in Abnahmeverzug geraten kann.

Die Voraussetzungen und Wirkungen des Annahme- und Abnahme-(Schuldner)-Verzugs sind in den oben angeführten Paragraphen vom BGB. eingehend geregelt.[68]) Lebhaft bestritten ist nun die Frage, ob für den Fall des Abnahmeverzugs des Käufers und Bestellers auch ausser der allgemeinen Wirkung die speciellen Folgen des Verzugs bei gegenseitigen Verträgen eintreten, ob insbesondere der § 326 Anwendung finde.[69]) Die Vorschriften der §§ 320 ff kommen nur in Frage bezüglich der Hauptleistungen bei gegenseitigen Verträgen, bei den Leistungen, die das eigentliche Aequivalent für die Leistungen des andern Vertragsteils sind, in συνάλλαγμα — Abhängigkeit —

66) So auch Hohenstein S. 78.

67) S. 1072, 1073 I. Band.

68) Im einzelnen s. die vortreffliche Zusammenstellung bei Makower S. 1121, 6.

69) S. auch die Erörterung der Frage bei Oertmann 170/1 f.

von einander stehen. Der Streit dreht sich also um die Frage, ob die Abnahme der Kaufsache eine solche Hauptleistung ist.

Man kann diese Frage unseres Erachtens für die Praxis nicht allgemein beantworten; es ist vielmehr für jeden einzelnen Fall zu prüfen, ob die Abnahme derartig wichtig für den Vertrag ist, dass die Anwendung des § 326 gerechtfertigt erscheint. Kaum richtig ist es, ganz allgemein die Abnahme als eine Hauptleistung hinzustellen und demgemäss die Anwendung des § 326 schlechthin zu fordern.[70]) Die Hauptleistung des Käufers ist oft nur die Zahlung des Kaufpreises. Die Abnahmepflicht ist im Allgemeinen „weder juristisch noch wirtschaftlich das Aequivalent für die Leistungspflicht des Verkäufers„.[71]) Wenn es auch im § 433 II. heisst: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen und die gekaufte Sache abzunehmen“, so ist es doch wohl verfehlt, hieraus auf eine vollständige Gleichstellung beider Vorschriften in allen Fällen zu schliessen.[72])

Ist aber, wie es im Verkehr häufig vorkommt, nach dem Gegenstand und der Natur des Geschäfts anzunehmen, dass die Abnahme neben der Zahlung des Kaufpreises eine Hauptleistung ist, so finden auch die Bestimmungen über gegenseitige Verträge Anwendung.[73]) Dies auch besonders in dem in Staudinger's Kommentar angeführten Fall, wenn in „der beharrlichen Aufrechterhaltung der Abnahmeverweigerung nach Lage der Umstände auch eine unmittelbare Zahlungsverweigerung erblickt werden kann“, ein

70) So Düringer-Hachenburg III S. 108—110. Makower I S. 1118—1123. Cosack I. S. 446. Endemann S. 938 Anm. 24. Rosenberg S. 261 ff. Lehmann-Ring zu § 374 S. 108.

71) Staub S. 1308 ff.

72) Staub S. 1308 ff. Jacobi S. 287, 288. Staudinger II S. 17 ff. Romeick S. 61 ff. Hohenstein S. 696. Entsch. R.-G. 53 S. 162 ff.; 56 S. 175; 57 S. 108 ff. In der „Deutschen Juristenzeitung“ 1904 S. 343 f.

73) S. Entsch. R.-G. 53 S. 162 und die in Anm. 72 genannten Entscheidungen. Auch Staudinger II S. 1706.

Fall, der in der Praxis wohl oft vorkommt Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ganz allgemein auszuschliessen, wie Staub und Jacobi es wollen, erscheint uns nach diesen Erwägungen nicht gerechtfertigt. Die ausserordentlich weitgehenden Rechte des Gläubigers gegenüber dem morosen Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrag sind freilich ein Beweis dafür, dass diese Vorschriften bei Abnahmeverzug des Käufers nur dann in Frage kommen können, wenn tatsächlich im einzelnen Fall die Abnahme von hervorragender Bedeutung für den Käufer ist. Eine so allgemeine Anwendung, wie Düringer-Hachenburg und die oben genannten Schriftsteller für richtig halten, würde in sehr vielen Fällen gegen Treu und Glauben verstossen.

Welche der ihm zustehenden Rechte aus dem Annahme- und Leistungsverzug der Verkäufer im einzelnen Fall geltend machen will, bleibt ihm überlassen. „Bald werden jene, bald diese für ihn günstiger sein". (Cosack, Dernburg und Rosenberg). Fleck[74]) dagegen ist der Ansicht, dass der Verkäufer nur alternativ die eine oder die andere der Verzugsarten und die aus derselben hergeleiteten Rechte geltend machen kann. Damit steht er aber vereinzelt da.

§ 12.

Ausser den bisher behandelten Rechten aus dem Annahme- und Leistungsverzug hat der Verkäufer noch bei schuldhafter Verletzung der Abnahmepflicht durch den Käufer das Recht auf Klage aus dem § 433 II, und zwar wird er dieses Recht immer dann ausüben, wenn die Ausübung der anderen ihm zustehenden Rechte ihm unbequem ist oder nicht zu dem gewollten Ziele führt. Zu begründen braucht er diese Klage wohl nur mit der Abnahmepflicht des Käufers und mit der schuldhaften Verletzung dieser Pflicht. Die Klage auf Abnahme hat also einen selb-

74) S. 258 ff.

ständigen Charakter, wie die Abnahmen der Sache eine selbständige Leistung gemäss § 241 BGB. ist.

Von Jacobi ist dies bestritten. Er schliesst daraus, dass nach der Kohler'schen Theorie, die auch hier für insoweit richtig gehalten ist, der Käufer sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen braucht: der Verkäufer habe kein selbständiges Recht auf die Abnahme. Wenn nun aber „abnehmen", wie im vorigen genügend dargetan ist, „fortschaffen der Sache aus dem Machtbereich des Verkäufers" bedeutet, so steht es nicht in Widerspruch zu einander, dass der Käufer sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen, d. h. entgegen zu nehmen braucht und dass er doch unter allen Umständen verpflichtet ist, dem Verkäufer die Sache auf irgend einer Weise vom Halse zu schaffen. Er kann sehr wohl auf den Kaufgegenstand verzichten, aber dadurch wird er nicht seiner vom Gesetz ihm auferlegten Pflicht ledig. So liegt es im Wortlaut des Gesetzes, so haben die Motive die Stelle erläutert: als eine aus dem Vertrag sich ergebende, selbständig klagbare Pflicht. Der Verkäufer soll nicht in Folge der Nichtabnahme Schaden erleiden. Aber auch wenn der Verkäufer vom Käufer so gestellt wird, dass er mühelos die Aufwendungen sparen kann, dass er also gar keinen Schaden, keine Last und Gefahr infolge der Nichtabnahme der Sache hat, so hat er an sich doch noch die Klage aus § 433 II auf Fortschaffung der Sache, er kann dies sein ihm zustehendes Recht freilich nicht ausüben, wenn es gegen § 226 BGB. verstossen würde, d. h. wenn die Ausübung nur den Zweck haben kann, dem andern Schaden zuzufügen. Die Obligation des Käufers an sich wird dadurch nicht berührt.

Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen alle andern Schriftsteller [75]) gegen Jacobi überein.

---

75) Endemann I S. 938/9. Düringer-Hachenburg III S. 52. Fleck S. 253 f. Rosenberg S. 264. Dernburg II 1 S. 163.

Die Vollstreckung des aus der Klage erwirkten Urteils auf Abnahme findet statt nach § 887 CPO.[76]), denn die „Abnahme", d. h. die lediglich tatsächliche Uebernahme der Sache aus dem Machtbereich des Verkäufers ist eine vertretbare Handlung, kann von jedem dritten vorgenommen werden. Nicht aber kann der Dritte, wie Jacobi mit Recht gegen Rosenberg[77]) einwendet, die verkaufte Sache nach § 892 CPO., nötigenfalls unter Zuhülfenahme eines Gerichtsvollziehers, beim Käufer abladen lassen. „Der Käufer ist nicht verpflichtet, eine Handlung des Verkäufers nach § 890 daselbst zu dulden, sondern er soll selbst handeln, nämlich den Verkäufer von der Sache befreien. Er kann dies auch dadurch, dass er sie in seine eigene Behausung bringen lässt; aber hierauf ist seine Pflicht keineswegs gerichtet; diese ist eine viel allgemeinere."

---

76) Anderer Ansicht Endemann, der nach seiner Auffassung von dem Begriff „A." folgerichtig von § 888 CPO. spricht. Ebenso Oertmann zu § 638 2a a. f.

77) Jacobi S. 275 Anm. 2. Rosenberg S. 264/5. Aehnlich wie Rosenberg auch Kohler im „Archiv f. bürgerl. R." Bd. 13 S. 241.